Die Provisionsabrede des Grundstücksmäklers

bei formell ungültigen Verträgen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Erich Wieprecht
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Herrn Professor Dr. Schott
in Verehrung zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Aufl. Berlin 1906.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg i. B. 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Halle a. S. 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Marburg 1908.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Neubauer, Der nichtkaufmännische Maklervertrag in der Praxis, insbesondere nach preuß. allgem. Landrecht. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 6. Berlin 1892.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1900.

Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB.). Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 104. 1909.

Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler. In Gruchots Beiträgen Bd. 40.

Riesenfeld, Der Zivilmäkler. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 36 u. 37.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bürgerliches Gesetzbuch Buch 2. Erlangen 1899.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 8. Aufl. Berlin 1906/07.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3. u. 4. Aufl. München 1908.

v. Völderndorff, E. Frhr., über Unterhändlerlohn bei nicht zustandegekommenem oder rückgängig gewordenem Hauptgeschäfte. In Böhikers Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. 1. Hannover 1881.

Zeiler, Mäklervertrag, Dienstvertrag und Schenkung. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 4. Jahrg. 1908 Nr. 20 (Mitteilungen aus der Praxis).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

Jahrbuch des deutschen Rechts. Herausgegeben von Neumann. 7. Jahrg. 1909.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
Juristische Wochenschrift.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1888.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1897.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Urteile und Annalen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von Blum.

I. Vorbesprechung: Der Mäklervertrag.

§ 1.

Das Mäklerwesen im heutigen Recht.

Im Gegensatz zu dem Rechte des späteren Mittelalters, das auf dem Gebiete des Mäklerwesens in vereinzelten sogen. „Mäklerordnungen“ seinen dürftigen Ausdruck fand, und den meisten Gesetzgebungen partikularen Rechts, die seit Beginn der Neuzeit ins Leben traten,[1] zugleich aber auch im Gegensatz zu den Bestimmungen des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs vom 5. 6. 1869 kennt das heutige Recht nicht mehr öffentlich bestellte Mäkler mit Beamtenrechten und Beamtenpflichten. Vielmehr sind sowohl die Mäkler nach dem Rechte des neuen Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897 wie die nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs v. 18. 8. 1896 Privatpersonen. Das — besonders vom Kaufmannsstande getragene — Streben nach Ungebundenheit des Verkehrs und des Erwerbs im Mäklerberufe hat sich als stärker erwiesen als das früher vorherrschende Bestreben, durch schützende Maßregeln — denn eine solche war die Öffentlichkeit des Mäklergewerbes — Übervorteilungen und Betrügereien durch minderwertige Elemente in diesem Gewerbe für das Publikum zu verhüten.[2] Die Entwicklung des Rechtsinstituts der Mäkler, wie wir es heute vorfinden, hat sich tatsächlich in wenigen Jahrzehnten, in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, vollzogen; vorher konnte nicht von einer Entwicklung,

---

[1] Für Preußen besonders von Bedeutung die „Allgemeine Mäklerordnung für Preußen“ v. 15. 11. 1765 (Nov. C. C. March. tom. III p. 1091).

[2] Über die Entwicklung des Mäklerwesens vgl. Riesenfeld in Gruchot Bd. 36 S. 794 ff.

sondern nur von einem Stagnieren gesprochen werden. Wir stehen noch in so unmittelbarer Nähe des Zeitpunktes, den wir als das Ende dieser raschen Bewegung zu betrachten geneigt sind, daß wir nicht einmal sagen können, ob sie mit den letzten Gesetzgebungsakten bereits definitiv abgeschlossen ist. Die Gesetzgebung hat aus diesen und jenen Gründen auf eine Regelung mancher Punkte verzichtet; vielleicht geben die in jüngster Zeit auf dem Gebiete des Mäklerwesens aufgetauchten Streitfragen, von denen einige auch im Laufe dieser Arbeit zur Sprache kommen werden, dem Gesetzgeber bald Stoff zu neuen Normen. Einstweilen trägt die Praxis und in Verbindung mit ihr die Rechtsliteratur das Ihrige dazu bei, um an der Hand des gegebenen Gesetzesmaterials die schwebenden Fragen zu klären, zu regeln und dem Gesetzgeber eventuell die Wege zu ebnen.

Die heutige Rechtsanschauung unterscheidet zwei Gruppen von Personen, die sie als Mäkler bezeichnet: die Handelsmäkler und die Zivilmäkler.[3]) Allgemein und kurz gefaßt ist Mäkler derjenige, welcher gegen Provision das Zustandekommen von Verträgen zwischen Dritten vermittelt. (Bezüglich des Ausdrucks „vermitteln" s. den letzten Absatz des Paragraphen.) Aus der Gesamtheit dieser Personen greift das HGB. in §§ 93 ff. nun solche Mäkler heraus, die gewerbsmäßig Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermitteln: dies sind die Handelsmäkler. Von ihnen zweigen sich als Nebengruppe die Kursmakler ab, die an Stelle der einstigen amtlichen Handelsmäkler bei den Kursfeststellungen an der Börse mitwirken; sie gehen aus der Reihe der Handelsmäkler hervor und müssen sogar, solange sie als Kursmakler tätig sind, Börsengeschäfte in den betreffenden Waren oder Wertpapieren vermitteln (BörsG. § 30).[4]) Als Kursmakler nehmen sie zwar eine öffentliche Stellung ein und unterscheiden sich damit auffällig von andern Mäklern; allein gerade, wenn sie in dieser Eigenschaft auftreten, üben sie eine Tätigkeit aus, die mit dem eigentlichen Mäklerberufe kaum einen inneren

---

[3]) Letztere Bezeichnung hat Riesenfeld in seiner Abhandlung für den Mäkler nach BGB. geprägt.

[4]) vgl. Staub, Einl. zu § 93.

Zusammenhang hat, und außerhalb dieser speziellen Tätigkeit stehen sie den sonstigen Handelsmäklern gleich.

Sonach bleiben die obenerwähnten zwei Hauptgruppen bestehen. Den Begriff des Handelsmäklers haben wir definiert. Für den Mäkler im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt sich eine positive Begriffsbestimmung nicht geben. Er stellt sich gewissermaßen als die Negation des Handelsmäklers dar.[5]) Ist jemand Mäkler, ohne sämtliche Voraussetzungen des § 93 HGB. zu erfüllen, so ist er eben Mäkler nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Das trifft also einmal auf den zu, der Verträge vermittelt, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen — und zwar gleicherweise ob er sich damit gewerbsmäßig oder nur gelegentlich befaßt — und ferner auf den, der Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt, aber es dabei am Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit fehlen läßt.

Der Ausdruck „vermitteln" ist im vorstehenden ganz allgemein für die Tätigkeit der Mäkler gebraucht. Braucht man ihn im engeren Sinn, so stehen denjenigen Mäklern, die Geschäfte vermitteln, diejenigen gegenüber, die nur die Gelegenheit zum Vertragsabschlusse nachweisen. Bisweilen wird es nicht leicht sein, die Unterscheidung zwischen beiden Formen der Mäklertätigkeit durchzuführen. Das Handelsgesetzbuch kennt nur den Vermittlungsmäkler, das Bürgerliche Gesetzbuch dagegen beide Arten.[6])

§ 2.

Juristische Natur und Inhalt des Mäklervertrages.

Obgleich Verfasser es sich nicht zur Aufgabe gemacht hat, den Mäklervertrag im allgemeinen zu besprechen, sondern ein ganz spezielles Gebiet behandeln will, so erscheint es doch angebracht, dem engeren Thema einige Zeilen über die rechtliche Natur des Mäklervertrages vorauszuschicken, um dadurch eine sichere Grundlage für den weiteren Aufbau der Arbeit zu gewinnen. Die Gesetzgebung früherer Epochen hat den Mäklervertrag recht stief-

---

[5]) Staub, Exk. vor § 93 Anm. 3; Oertmann 7. Abschn. 8. Titel Vorbem. 2.
[6]) HGB. § 93; BGB. § 652.

mütterlich behandelt,[1]) und dementsprechend hat es lange gedauert, ehe sich klare Anschauungen über seine juristische Bedeutung bilden konnten. Man ist sich heute im wesentlichen darüber einig, daß der Mäklervertrag eine besondere Vertragsart darstellt, die sich einer anderen nicht ohne weiteres unterordnen läßt. Doch hat man letzteres bis in die neueste Zeit hinein versucht.[2]) Die drei am häufigsten in den verschiedenen Rechtsepochen aufgetretenen Versuche seien hier kurz angeführt. Man wollte den Mäklervertrag als eine Abart des Auftrags hinstellen. Allein die wesentlichste Eigenschaft des Mandats ist die Unentgeltlichkeit, und dem Mäkler gebührt regelmäßig bei Zustandekommen des von ihm vermittelten Geschäftes eine Provision. Dieses äußere Unterscheidungsmerkmal der Entgeltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit beruht auf dem verschiedenen materiellen Zweck beider Arten von Rechtsgeschäften: „Beim mandatum ist das Interesse für den Geschäftsherrn das allein oder doch vorherrschend Bestimmende für den Übernehmer; beim Mäklervertrage ist die Absicht des Lohnverdienstes der einzige Hebel, der die Tätigkeit des proxeneta in Bewegung setzt"[3]) (vgl. unten). — Auch dem Dienstvertrage ist der Mäklervertrag nicht zu unterstellen; denn einmal ist beim Dienstvertrage der eine Teil zur Leistung der verlangten Dienste verpflichtet, was — wie noch gezeigt werden wird — für den Mäklervertrag nicht zutrifft; ferner werden bei jenem direkt die Dienste als solche, bei diesem direkt nur das Ergebnis der Arbeit honoriert. — Letztgenannte Tatsache weist auf eine Verwandtschaft des Mäklervertrages mit dem Werkvertrage hin, die auch unstreitig vorhanden ist. Doch sind beim Werkvertrage die Pflichten auf beiden Seiten größer: Der Besteller hat die zur Herstellung des Werkes auf seiner Seite erforderlichen Handlungen vorzunehmen; der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk herzustellen. Die entsprechenden Verpflichtungen beim Mäklervertrage fehlen.

Daß ein Vertrag sui generis vorliegt, ist dargelegt. Eine weitere Frage, die in der Rechtswissenschaft aufgetaucht ist, ist

---

[1]) vgl. Staudinger 8. Titel Einl. 1.

[2]) vgl. Oertmann 7. Abschn. 8. Titel Vorbem. 3 b und Planck Vorbem. III z. 8. Titel.

[3]) Riesenfeld in Gruchot Bd. 37 S. 30.

die, ob der Mäklervertrag einseitig oder zweiseitig verpflichtender Natur sei. Einige Schriftsteller betrachten ihn als ein einseitiges bedingtes Schuldversprechen. Diese Auffassung wird besonders von Reuling[4]) mit großer Gewandtheit verteidigt. Er konstruiert in seiner Abhandlung den Begriff der umgekehrten Potestativbedingung und betrachtet die Verpflichtung des Auftraggebers — es hat sich bisher in der Rechtswissenschaft kein treffenderes Wort zur Bezeichnung des Vertragsgegners des Mäklers gefunden — zur Zahlung der Provision als abhängig vom Eintritte zweier Bedingungen: einer positiven Potestativbedingung, die dem Gläubiger gesetzt, und einer umgekehrten Potestativbedingung, die dem Schuldner vorbehalten sei. Eine weitere Verpflichtung außer der genannten enthielte der Mäklervertrag nicht; besonders könne auf seiten des Mäklers von einer solchen nicht die Rede sein. Dieser handel, nur condicionis implendae causa; das eigene Interesse sei für ihn ein stärkerer Beweggrund zur Tätigkeit, als eine gesetzliche Vorschrift es sein könnte. (Vgl. dazu das oben Gesagte.)

Eine zweite Gruppe von Juristen[5]) vertritt demgegenüber die Auffassung, der Mäkler sei zu Treue, Sorgfalt und zur Tätigkeit zwecks Herbeiführung des Erfolges kontraktlich verpflichtet.

Eine dritte — vermittelnde — Auffassung endlich geht dahin, der Mäkler sei zwar zu Treue und Sorgfalt, nicht aber zum Tätigwerden verpflichtet.[6]) Diese Anschauung hat allmählich die meisten Anhänger gewonnen, und ein großer Teil der zweitgenannten Gruppe von Schriftstellern steht ihr insoweit nicht ganz fern, als sie zugeben, daß die Tätigkeitspflicht des Mäklers kontraktlich ausgeschlossen werden könne — was in gewissem Grade natürlich ist da die Rechtssätze über den Mäklervertrag dispositiv sind —, oder die Frage von Fall zu Fall entschieden wissen wollen. Oertmann, der in der 1. Auflage seines Kommentars noch für die Tätigkeitspflicht des Mäklers eintrat, ist in der 2. Auf-

---

[4]) In Gruchot Bd. 40 S. 193ff.

[5]) Dernburg § 338 II; Staudinger Vorbem. 6 z. 8. Titel; Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 415ff.; Crome, System S. 709.

[6]) Riesenfeld in Gruchot Bd. 37 S. 277, 847; Planck Vorbem. III z. 8. Titel u. a.

lage bereits — wenn auch mit einigem Zögern — zu der Ansicht der letzten Gruppe übergegangen.[7])

Die Gründe, die für diese Ansicht sprechen, seien in Kürze angegeben. Von allen Seiten wird jetzt anerkannt, daß der Mäkler, wenn er tätig wird, zu Treue und Sorgfalt verpflichtet ist, und zwar über das Maß der Vorschriften über unerlaubte Handlungen hinaus. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt dieser Anschauung zum Teil Ausdruck (§ 654), das Reichsgericht hat sie des öfteren bestätigt.[8]) Daher ist Reulings Behauptung, der Mäkler habe keine Vertragspflichten, hinfällig, und mit ihr fällt die Theorie des einseitig bedingten Versprechens.

Gegen die Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden spricht vor allem, daß das Gesetz nirgends eine solche Verpflichtung ausgesprochen hat. Des weiteren verlangt auch wohl die Billigkeit, daß man den Mäkler nicht zwingt, das Seinige zur Herbeiführung des im Mäklervertrage vorausgesehenen Erfolges zu tun, wenn eine solche Verpflichtung auf seiten seines Vertragsgegners nicht besteht. Gerade beim Mäklervertrage verlangt die Unsicherheit, in der sich beide Teile während der Dauer des Vertragsverhältnisses befinden (vgl. § 7 der Arbeit), eine erhöhte Berücksichtigung von Billigkeit und Treu und Glauben.[9]) Auch zwei praktische Gesichtspunkte unterstützen die hier vertretene Ansicht: einmal wird — darin hat Reuling recht — das eigene Interesse für den Mäkler stets der beste Ansporn zum Handeln sein; andererseits würde sich ein Zwang oder eine Beaufsichtigung seiner Tätigkeit tatsächlich fast niemals durchführen lassen.

---

[7]) Oertmann Vorbem. 3a z. 8. Titel.

[8]) So beispielshalber Entsch. d. RG. VI. Zivilsenat v. 19. 4. 1900 in Seufferts Arch. Bd. 56 S. 127.

[9]) Staudinger zu § 652 II.

II. Begrenzung des Themas.

§ 3.

Der Grundstücksmäkler.

Das bisher Gesagte gilt für Mäklerverträge allgemein. Irgendwelche Besonderheiten, die für den Handelsmäkler zutreffen — und deren gibt es genügend —, habe ich nicht erwähnt, weil eine eingehende Vergleichung beider Arten von Mäklern aus dem Thema der Arbeit fallen würde. Die Grundstücksmäkler sind nicht Handelsmäkler, sondern Zivilmäkler. Im alten Handelsgesetzbuch (Art. 275) waren Immobilien vom Handelsverkehr ausgeschlossen, danach konnten die Rechtsverhältnisse der Grundstücksmäkler nicht den Bestimmungen des Handelsrechts unterliegen. Nach dem neuen Handelsgesetzbuch indessen kann der Verkauf eines Grundstücks ein Handelsgeschäft sein, wenn ein Kaufmann ihn im Betriebe seines Handelsgeschäfts abschließt. Trotzdem wird in der Literatur lebhaft bestritten, daß nunmehr auch Grundstücke als ein regelmäßiger Gegenstand des Handelsverkehrs anzusehen seien.[1]) Die Unterschiede, die hierbei zwischen Gegenständen von Handelsgeschäften und Gegenständen des Handelsverkehrs gemacht werden, sind sehr fein; jedenfalls zu fein, um von einem Nichtjuristen ohne weiteres gefunden werden zu können. Darum ist es von Bedeutung, daß in diesem Falle eine positive Gesetzesvorschrift jeden Zweifel aus der Welt schafft. Der Abs. 2 des § 93 HGB. besagt ausdrücklich, daß auf die Vermittlung von Geschäften über unbewegliche Sachen die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches keine Anwendung finden. Wo diese aber nicht gelten (vgl. § 1), gilt stets allein das Bürgerliche Gesetzbuch mit seinen Satzungen über den Mäklervertrag.

---

[1]) Staub § 350 Anm. 21; Erl. vor § 93 Anm. 1.

In ständiger Verbindung mit den Grundstücksmäklern werden die Hypothekenmäkler genannt. Auch sie sind Mäkler nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, und der Gegenstand ihres Berufes ist dem der Grundstücksmäkler nahe verwandt. Trotzdem sollen die Rechtsverhältnisse der Hypothekenmäkler in dieser Arbeit nicht besprochen werden. Denn einmal stellt der Sprachgebrauch den Begriff des Hypothekenmäklers neben, nicht unter den des Grundstücksmäklers. Ferner kann, wie später noch genauere Ausführungen deutlich machen werden, die Tätigkeit des Hypothekenmäklers unmöglich den Gegenstand einer Abhandlung über Provisionsabreden bei formell ungültigen Verträgen bilden. Denn der Mäkler vermittelt nur das Zustandekommen des obligatorischen Vertrages, nicht das des dinglichen Vertrages. Und beim Hypothekenverkehr ist wohl der dingliche, nicht dagegen der obligatorische Veräußerungsvertrag gesetzlich an eine Form gebunden. Wo aber keine Form vorgeschrieben ist, gibt es auch keine formell ungültigen Verträge.

Der Grundstücksmäkler bildet unter den Mäklern nach bürgerlichem Recht den wichtigsten Zweig, da er durch Umfang und Bedeutung der Geschäfte, zu deren Abschluß er mitwirkt, erheblich tiefer ins soziale Leben eingreift als etwa der Hypotheken-, Gesinde- oder Heiratsmäkler. Die Bedeutung des Mäklers — besonders wo ein gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt — ist von der Bedeutung der durch ihn vermittelten Geschäfte abhängig. Welche erhöhte Bedeutung das Gesetz aber dem Grundstücksverkehr beimißt, erhellt gerade aus den für ihn geltenden erschwerenden Formvorschriften, die uns später noch eingehend beschäftigen werden.

§ 4.

Der Provisionsanspruch des Grundstücksmäklers.

Es soll von der Provisionsabrede des Grundstücksmäklers gesprochen werden. Regelmäßig wird die Bezahlung eines Mäklerlohns auf Vereinbarung beruhen.[1] Wenn jedoch die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Ver-

---

[1] Staudinger zu § 652 III, 1.

gütung zu erwarten ist, gilt eine Provision als stillschweigend vereinbart (§ 653 BGB.). Dies wird stets bei gewerbsmäßigem Betriebe des Mäklers und häufig auch bei gelegentlicher Vermittlung anzunehmen sein.[2] Die Höhe der Provision wird alsdann durch die Taxe, in Ermangelung einer solchen durch den Ortsgebrauch bestimmt. So ist es in Berlin und Breslau üblich, für Grundstücksvermittlungen 1 % des Kaufpreises als Provision zu geben.[3] Für die Frage, ob und unter welchen Umständen der Grundstücksmäkler beim Zustandekommen eines formell ungültigen Vertrages seine Provision verlangen kann, ist es theoretisch irrelevant, ob er sie auf Grund einer Abrede oder auf Grund der Bestimmung des § 653 beansprucht. Praktisch wird sich herausstellen, daß die stillschweigende Vereinbarung des Mäklerlohns nur für den — ohne besondere Schwierigkeit zu entscheidenden — Normalfall zutreffen kann. Die strittigen Fragen entspringen fast sämtlich besonderen Abmachungen des Grundstücksmäklers mit einer oder beiden Parteien.

Zwei Bedingungen müssen erfüllt sein, um den Auftraggeber zur Zahlung der Provision zu zwingen:

Der angestrebte Vertrag, dem die Tätigkeit des Mäklers gegolten hat, muß zustande gekommen sein;

das Zustandekommen muß auf der Tätigkeit des Mäklers beruhen.[4]

Auf die zweite der genannten Bedingungen des näheren einzugehen, liegt kein Anlaß vor, da ein Zusammenhang mit dem

[2] Der Ansicht Riesenfelds (in Gruchot Bd. 37 S. 287) und der des OLG. Colmar in seiner Entsch. v. 29. 1. 1904 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 6), daß nämlich nur dann eine Provision als stillschweigend vereinbart anzusehen sei, wenn auf seiten des Mäklers gewerbsmäßiger Betrieb vorliege, vermag ich mich nicht anzuschließen. Hier muß von Fall zu Fall entschieden werden. Man kann sich sehr leicht Tatbestände konstruieren, wo auch für den gelegentlichen Vermittler die Vermutung spricht, daß er nur gegen Provision vermitteln wollte; meist schon aus dem sehr einfachen Grunde, weil ein anderer Beweggrund als die Absicht zu verdienen gar nicht bei ihm mitsprechen konnte. Die Ausdrucksweise des § 653 BGB. „den Umständen nach" spricht für meine Auffassung; ebenso Fischer-Henle Anm. 2 zu § 653, lautend: „z. B. wenn jemand Mäklergeschäfte gewerbsmäßig betreibt". Vgl. auch Crome, System § 272, 5.

[3] Fischer-Henle § 653 Anm. 2 u. 5.

[4] Staudinger § 652 I, 2 u. III, 2; Oertmann zu § 652 Anm. 2.

Gegenstande der gesamten Abhandlung fehlt. Es genügt, daß sie angeführt und darauf hingewiesen wird, daß bei ihrer Auslegung — wie allgemein beim Mäklervertrage — der Richter zu besonderer Berücksichtigung von Treu und Glauben genötigt ist.[5] Wichtiger dagegen ist für uns die erste Bedingung. Zum Zustandekommen eines Vertrages im Sinne des Rechts gehört, daß er rechtlich wirksam zustande kommt; wo also eine Formvorschrift für den Vertrag gegeben ist, muß diese Formvorschrift gewahrt sein. Dies führt uns in Kürze auf unser engstes Thema.

§ 5.

Die Formvorschrift des § 313 BGB.

Die wirtschaftliche und soziale Tragweite der Geschäfte über Immobilien hat schon in früheren Kodifikationen die Gesetzgeber veranlaßt, für sie eine bestimmte Form vorzuschreiben (vgl. ALR. I, 5 § 135 und sächs. BGB. § 822). Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat den sonst für obligatorische Verträge geltenden Grundsatz der Formfreiheit beim Veräußerungsvertrage über Grundstücke durchbrochen. § 313 BGB. Satz 1 schreibt für den Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, gerichtliche oder notarielle Beurkundung vor. Art. 141 EG. z. BGB. hat der Landesgesetzgebung das Recht vorbehalten, an Stelle dessen die eine oder die andere Form als die alleinige zu gestatten, ein Recht, von dem vielfach Gebrauch gemacht worden ist;[1] so sind beispielshalber in Bayern nur die Notare zur Beurkundung von Immobiliarveräußerungsverträgen zuständig.[2] Die Bestimmung des § 313 ist sowohl auf den obligatorischen Vertrag selbst wie auch auf den Vorvertrag über Grundstücksveräußerung anzuwenden.[3] Nach § 125 BGB. ist ein solcher Vertrag, wenn er der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, unbedingt nichtig. Er begründet weder einen An=

---

[5]) Staudinger § 652 II, 2.

[1]) vgl. Fischer-Henle Art. 141 EG. Anm. 4.

[2]) Bayer. AG. z. BGB. Art. 167 Nr. 1; Bayer. Notariatsgesetz v. 9. 6. 1899 Art. 1.

[3]) Oertmann § 313 Am. 2cα.

spruch auf Erfüllung noch einen solchen auf Vollziehung der Form; es entsteht aus ihm nicht einmal eine sogen. natürliche Verbindlichkeit. Im Sinne des § 652 BGB. ist also ein solcher Vertrag niemals „zustande gekommen".[4])

Wenn daher im Titel der Abhandlung von „formell ungültigen Verträgen" die Rede ist, so ist dies gleichbedeutend mit „nichtigen Verträgen".

Eigentum an Grundstücken wird übertragen durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch (§ 873 BGB.). Aus praktischen Gründen bestimmt Satz 2 des § 313 BGB., daß in diesem besonderen Falle eine formgerechte Vollziehung des dinglichen Vertrages die Formmängel des Verpflichtungsvertrages heilt. Der nichtige Vertrag wird durch die Auflassung und Eintragung seinem ganzen Inhalt nach gültig. Und zwar ist er als von Anfang an gültig zu betrachten, die Heilung durch die dingliche Übereignung hat die Wirkung einer rechtskräftigen Bestätigung des nichtigen Vertrages durch die Parteien nach § 141 BGB. Sie hat rückwirkende Kraft, tritt nicht ex nunc, sondern ex tunc ein.[5])

Unter den formell ungültigen Verträgen, auf die wir unser Augenmerk zu richten haben, sind danach solche zu verstehen, die weder der ersten noch der zweiten Vorschrift des § 313 BGB. Genüge tun.

---

[4]) Planck § 313 Anm. 1; Oertmann § 313 Anm. 6.

[5]) So Planck § 313 Anm. 2; Staudinger § 313 Anm. 5, 6 gegen Oertmann § 313 Anm. 7 e.

III. Entscheidung des Normalfalls (Vorliegen des Tatbestandes von § 652 BGB.).

§ 6.

Der Provisionsanspruch des Grundstücksmäklers beim formell ungültigen Vertrage, wenn keine vom Tatbestande des § 652 abweichenden Abmachungen vorliegen.

Hat also der Grundstücksmäkler durch seine Mühewaltung es erreicht, daß der vom Auftraggeber gewünschte Vertrag geschlossen wird, ohne daß allerdings die gesetzliche Formvorschrift erfüllt wird, und verweigert nachträglich eine der Parteien die Vollziehung der Form, so steht ihm ein Anspruch auf Mäklerlohn nicht zu.

In dieser Tatsache liegt unstreitig eine große Härte. Da regelmäßig dem Mäkler seine Auslagen nicht erstattet werden — sei es denn, daß dies besonders verabredet wäre (§ 652 Abs. 2 BGB.) —, hat er in solchem Falle umsonst gearbeitet und sich eventuell sogar bedeutenden Schaden zugefügt. Dabei lag auf seiner Seite kein Verschulden vor, das das rechtskräftige Zustandekommen des Vertrages gehindert hätte. Vom Standpunkte der Billigkeit aus kann man es wohl verstehen, wenn v. Völderndorff[1]) seinerzeit gegen diesen Punkt in unserem Rechtsleben scharf zu Felde gezogen ist. Aber die Tendenz, dem Auftraggeber bis zum letzten Augenblicke die Freiheit des Handelns zu wahren und diese auch nicht durch die Verpflichtung zu irgendwelchen Zahlungen einzuschränken — es würde vielleicht mancher ein ihm nicht ganz zusagendes Geschäft abschließen, nur um nicht umsonst den Mäkler bezahlen zu müssen —, ist bis zum heutigen Tage

[1]) v. Völderndorff im Magazin Bd. 1 S. 43 ff.

im Recht stärker gewesen als das Interesse für den Mäkler und seine ethisch sicher berechtigten Ansprüche. Wohl in keinem anderen Vertragsverhältnisse, das unsere heutige Gesetzgebung normiert hat, ist die Gefahr, daß der eine Teil durch unlautere Handlungsweise des andern geschädigt werde, so groß wie beim Mäklervertrage (Näheres s. § 7). Darum muß es gerade hier in erhöhtem Maße das Bestreben des Richters sein, darauf hinzuwirken, daß auf diesem Gebiete des Rechtslebens nach Treu und Glauben gehandelt und ein Schaden für eine der den Mäklervertrag schließenden Parteien tunlichst verhütet werde. Es ist das Recht des Auftraggebers, den Abschluß des vom Grundstücksmäkler vermittelten Geschäftes bezw. die formgerechte Vollziehung des formlos geschlossenen Vertrages zu verweigern. Wenn es sich aber im einzelnen Falle zeigt, daß diese Weigerung des Auftraggebers sich als ein doloses Handeln gegen den Mäkler darstellt, so soll letzterem die verdiente Provision zugesprochen werden. In diesem Sinne haben ihrerzeit das Oberlandesgericht in Rostock und das Reichsgericht ihren Spruch gefällt und damit gewiß dem natürlichen Rechtsempfinden voll und ganz entsprochen.[2])

Verweigert derjenige Vertragsteil, der den Mäkler nicht beauftragt hat, seine Mitwirkung zur Vollziehung des der Formvorschrift genügenden Vertrages, so wird der Mäkler allerdings regelmäßig leer ausgehen müssen. Denn im Gegensatze zum Rechte der Handelsmäkler hat sich für die uns angehenden Fälle der Brauch gebildet, daß nur der eine Vertragsteil, und zwar regelmäßig derjenige, der zuerst die Dienste des Mäklers in Anspruch genommen hat, also der sogen. Auftraggeber, Provision zahlt, dagegen nicht der andere Teil. Der Auftraggeber dürfte meist mit dem Verkäufer zusammenfallen; doch ist auch der umgekehrte Fall denkbar.[3]) Aus diesem Brauch ist zu folgern, daß auf seiten des

---

[2]) Staudinger zu § 652 III, 2 d; Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 402; Blum, Urteile und Annalen Bd. 3 S. 204.

[3]) So offenbar auch die Meinung von Riesenfeld (in Gruchot Bd. 37 S. 547 ff.) und Crome (Part. Rechtsgeschäfte S. 431). Eine tatsächlich ähnliche, aber anders begründete Auffassung hat Reuling (S. 219/20). S. E. ist es geschäftsüblich, daß der Verkäufer die Provision zahlt. Da aber gewöhnlich im Grundstücksverkehr Verkäufer und Auftraggeber identisch sind, ergibt sich für den Durch-

andern Teils nicht von einem Handeln wider Treu und Glauben im Sinne der obigen Besprechung wird geredet werden können; denn er hat nicht das geringste Interesse daran, die Auszahlung der Provision zu vereiteln. Ebensowenig wird natürlich dem Auftraggeber ein treuloses Handeln vorzuwerfen sein, wenn der Gegenkontrahent seine Mitwirkung versagt.

Ein Brauch ist kein zwingendes Recht; es ist wohl möglich daß der Mäkler für beide Teile tätig geworden ist und von beiden ihm eine Provision versprochen wurde. § 654 BGB. erklärt dies für zulässig, sofern der Mäkler dadurch nicht dem Inhalte des von ihm mit seinem ersten Auftraggeber geschlossenen Vertrages zuwidergehandelt hat. Ist der Grundstücksmäkler rechtmäßig für beide Teile tätig, so haben beide ihm gegenüber die Stellung des Auftraggebers.

§ 7.

Treu und Glauben bei Behandlung der Rechtsverhältnisse des Mäklerwesens. Verschiedenheit der Gefahr einer Benachteiligung für die Vertragschließenden.

Die Fälle, in denen der Mäkler seinem Auftraggeber ein Handeln wider Treu und Glauben wird nachweisen können, sind indessen sehr dünn gesät. Die Fälle, in denen er um seinen Verdienst kommt, weil der vermittelte Vertrag nicht formgerecht zustande kommt, bleiben demgegenüber die Regel. So sehr bei der Beurteilung von Mäklerverträgen auf Billigkeit Rücksicht genommen werden soll — es wird sich bei der jetzigen Gestaltung des Rechtsinstituts nicht verhindern lassen, daß häufig der eine Teil vom andern übervorteilt wird. Wir sehen einerseits die Schädigung des Mäklers in der Weise, daß durch eine eigenwillige Entscheidung des Auftraggebers das Geschäft, um das er sich bemüht hat, nicht zustande kommt. Dem gegenüber tritt in dem Falle, daß es zur Leistung der Provision kommt, andererseits eine Schädigung des Auftraggebers durch die außerordentliche Höhe

schnitt der Fälle praktisch das gleiche Resultat. Und Ausnahmen werden von beiden Meinungen zugestanden. Die Analogie des § 449 BGB. ist, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, nicht verwendbar.

der bedungenen Bezahlung.[1]) Man stelle sich vor, daß beim Verkaufe eines Grundstückes im Werte von 500000 Mk. der Mäkler für eine Arbeit, die normalerweise in wenigen Tagen zu leisten war, nach dem üblichen Maßstabe 5000 Mk. erhält! Vom Standpunkte des Mäklers aus betrachtet, hat diese Summe eine gewisse Berechtigung. Er kann bei der Unsicherheit seiner Rechtslage das Risiko, Geld und Zeit vergeblich aufzuwenden, dauernd nur auf sich nehmen, wenn er sich im Falle des Erfolges einen weit über den Wert seiner Leistungen hinausgehenden Gewinn versprechen darf.

Der andere Teil jedoch, der sonach den Mäkler für Unkosten und Zeitverlust entschädigen soll, die aus Mißerfolgen des Mäklers in seiner sonstigen Berufstätigkeit entstanden sind, wird seine Verpflichtung hierzu schwerlich einsehen, und die ihm unbillig erscheinende Höhe der Provision wird ihn in Versuchung führen, sich auf allen erdenklichen Wegen dieser lästigen Verpflichtung zu entziehen.

Die Möglichkeit einer Benachteiligung, die nach den vorstehenden Ausführungen beim Mäklervertrage für beide Teile besteht, ist indessen für beide nicht gleich groß und von gleicher Art. Der Auftraggeber wird regelmäßig seine Leistung nicht machen, ohne die gewünschte Gegenleistung empfangen zu haben, es sei denn, daß die an sich dispositiven Bestimmungen des Rechts der Mäkler durch irgendwelche besondere Abmachung gekreuzt würden; darauf wird unten noch näher eingegangen. — Außerdem ist sich der Auftraggeber von vornherein über die Höhe der Zahlung, durch die er geschädigt zu werden vermeint, nicht im unklaren. Da regelmäßig die Provision durch eine besondere Vereinbarung zwischen ihm und dem Mäkler bestimmt wird, ist er gewöhnlich in der Lage, gelegentlich der Abmachung selbst sein Interesse wahrzunehmen. Dem allem gegenüber ist der Mäkler im Nachteil. Seine Mühewaltung ist event. ganz vergeblich. Und bis zum Abschlusse des Vertrages zwischen seinem Auftraggeber und dem Vertragsgegner in vorschriftsmäßiger Form muß er darauf gefaßt sein, daß ihm sein Verdienst entgeht, und er weiß keinen

---

[1]) Riesenfeld in Gruchot Bd. 37 S. 574; Reuling S. 193.

Augenblick, woran er ist. Diese Ungewißheit über seine Lage läßt in der Allgemeinheit der Fälle den Mäkler schutzbedürftiger erscheinen als den, für den er tätig ist. Darum legt einmal die Rechtsprechung und Rechtsliteratur unserer Zeit die gesetzlichen Bestimmungen und die Gebräuche auf dem Gebiete des Mäklerwesens, soweit die Billigkeit es erfordert und das Recht selbst es zuläßt, zu seinen Gunsten aus. Vgl. die in § 6 erwähnten Entscheidungen, die für den Fall, daß die Rechtsunwirksamkeit des vermittelten Vertrages vom Auftraggeber allein beseitigt werden könnte und dieser gegen Treu und Glauben die Beseitigung des Hindernisses verweigert, dem Mäkler die Provision zusprechen. Daneben sucht der Mäkler, da die erwähnten Gesetzesvorschriften und Gebräuche nicht zwingenden Rechtes sind und nur bestimmen, wie die Rechtsverhältnisse der Mäkler im Zweifel zu beurteilen sind, selbst seinen Vorteil durch besondere Abreden mit dem anderen Teile zu schützen. Schließlich sucht auch des öfteren der Auftraggeber freiwillig in Anerkennung der Mühe, die der Mäkler sich für ihn gegeben, diesen durch irgendwelche Zugeständnisse schadlos zu halten.

§ 8.

Ungültige Rechtsgeschäfte, die von den Parteien als gültig behandelt werden.

Für den Grundstücksmäkler besteht, wie schon erwähnt, der besondere Nachteil, daß das von ihm vermittelte Geschäft erst dann als zustande gekommen gilt, wenn die Formvorschrift des § 313 BGB. gewahrt ist. In Literatur und Praxis ist die Frage aufgetaucht, ob nicht in geeigneten Fällen ein Mangel an diesem Erfordernis unberücksichtigt zu lassen sei. Und zwar werden als geeignet diejenigen Fälle angesehen, in denen die Parteien das formbedürftige Geschäft von Anfang bis zu Ende als gültig behandeln und es auf diese Weise seinen wirtschaftlichen Zweck ebenso erreicht, wie wenn es formgerecht abgeschlossen wäre. In der Literatur hat in jüngster Zeit vor allen Reichel[1]) diesen Standpunkt verfochten. Er stellt für die wegen Formmangels

[1]) Reichel S. 32,33.

nichtigen Geschäfte, die er mit Recht scharf von solchen scheidet, die wegen Gesetzwidrigkeit oder Unsittlichkeit nichtig sind, als Ergebnis eingehender Erörterungen den Satz auf: „Die Nichtigkeit eines gemäß § 125 BGB. nichtigen Verpflichtungsgeschäfts kann nicht mehr geltend gemacht und vom Richter nicht mehr beachtet werden, sobald das Geschäft allenthalben erfüllt ist". Diese Theorie deckt sich bei den Grundstücksveräußerungsverträgen, die uns beschäftigen, absolut mit der Vorschrift des § 313 Satz 2. Reichel unternimmt es nur, den hier speziell ausgesprochenen Gedanken des Gesetzgebers zu verallgemeinern und analog auch auf sonstige formbedürftige Rechtsgeschäfte anzuwenden. Eine Untersuchung der Frage, ob ihm darin uneingeschränkt beigepflichtet werden kann, erübrigt sich für uns, da wir nur Verträge über Eigentum an Immobilien zum Gegenstande unserer Betrachtungen machen wollen.

In der Abhandlung, deren Abschluß die Aufstellung des oben zitierten Satzes bildet, spricht Reichel allerdings nicht nur von Rechtsgeschäften, die allenthalben erfüllt werden, sondern auch von solchen, die von den Parteien als gültig behandelt werden. Und daß man darin nicht einfach zwei Ausdrucksformen für dieselbe Sache sehen darf, zeigt uns die Praxis in einer Entscheidung des Reichsgerichts, die zwar noch unter der Geltung des preuß. allgem. Landrechts gefällt worden ist, ihrem wesentlichen Sinne nach aber noch auf das heutige Recht zutrifft.[2]) Folgender Tatbestand lag ihr zugrunde: Das obligatorische Veräußerungsgeschäft zwischen den Parteien über ein Grundstück war nicht formgerecht zustande gekommen; eine dingliche Übereignung hatte auch nicht stattgefunden. Trotzdem behandelten die Kontrahenten den formlos geschlossenen Vertrag als gültig, bis er auf Zahlung einer Abstandssumme seitens des einen Teiles hin durch Vereinbarung wieder rückgängig gemacht wurde. — Dieser Vertrag kann nicht als ein allenthalben erfüllter angesehen werden. Trotzdem hat das Reichsgericht, indem es der Auffassung der Parteien über die Perfektion und ihrer daraus sich ergebenden Behandlung des Geschäfts wesentliche Bedeutung beilegte, entschieden, daß hier der

---

[2]) Entsch. d. RG. VI. Zivilsenat v. 6. 2. 1890 Bd. 25 S. 319.

Grundstücksmäkler seine Provision verdient habe. Diese Entscheidung hat vielfach Widerspruch hervorgerufen,[3] und wohl nicht mit Unrecht. Die Ansicht der Kontrahenten, die auf Rechtsirrtum beruhen kann, ist für die rechtliche Beurteilung unmaßgeblich. Gewiß behält der Mäkler seinen Anspruch auf Provision, wenn ein einmal zustande gekommener Vertrag wieder aufgehoben wird. Ganz anders aber ist es zu beurteilen, wenn der Geschäftsabschluß mangels Form von vornherein nichtig war. In solchem Falle war die Provision überhaupt noch nicht verdient. Spricht beim Vorliegen eines derartigen Tatbestandes das Reichsgericht dem Mäkler die Provision zu, so gibt seine Entscheidung — zwar nicht bewußt, aber doch tatsächlich — der Auffassung Ausdruck, daß hier der Mäkler durch die Aufhebung — weil durch diese die Parteien ihre Ansicht über die Gültigkeit des Geschäfts kundtun — den Anspruch auf Provision erst gewinne. Nach § 652 BGB. wird jedoch ein Anspruch auf Mäklerlohn nur durch Zustandekommen des gewünschten Vertrages, nicht durch dessen Aufhebung begründet. Das Reichsgericht ist in seinem Bestreben, dem Mäkler für seine Bemühungen und Aufwendungen die gebührende Belohnung zukommen zu lassen, mit der Auslegung des Rechts hier offenbar etwas zu frei verfahren. Der Grundsatz, daß die Mäklergebühr erst gefordert werden kann, wenn das vermittelte Geschäft in einer den Anforderungen des Gesetzes genügenden Form zustande gekommen ist (vgl. § 4 am Ende, §§ 5 und 6 der Arbeit), darf nur beiseite geschoben werden, wenn der Mäkler gegen dolose Handlungsweise seines Auftraggebers geschützt werden soll, oder wenn besondere Abmachungen vorliegen, die zwischen dem Mäkler und dem zur Zahlung der Provision Verpflichteten getroffen worden sind.

Diese besonderen Abmachungen mit ihrer verschiedenartigen Gestaltung und ihrem verschiedenartigen Einflusse auf das Verhältnis zwischen dem Grundstücksmäkler und den Parteien werden fortan den Gegenstand unserer Besprechung bilden. Die vorstehenden Ausführungen waren im wesentlichen eine Auslegung

[3]) Scherer Anm. 16 zu § 652; Staub, Exk. vor § 93 Anm. 22; Neubauer S. 15.

der Hauptbestimmung des § 652 mit besonderer Bezugnahme auf den Grundstücksmäkler. Bisher haben wir dem Durchschnitt der Fälle, der Regel, die sich bis zum dispositiven Rechtssatz verdichtet hat, unser Augenmerk geschenkt. Dem gegenüber treten jetzt die Ausnahmen, die die Beteiligten selbst schaffen in Ausübung ihres Rechts, abweichend vom üblichen Brauche das Rechtsverhältnis zwischen sich nach Willkür zu gestalten. Beide Besprechungen zusammen erschöpfen erst den Begriff, der dieser Arbeit als Überschrift gegeben ist.

IV. Abreden über die Provision des Grundstücksmäklers, die von der Regel des § 652 BGB. abweichen.

A. Vereinbarung des Mäklerlohns auch für den Fall nicht formgerechten Zustandekommens des zu vermittelnden Vertrages.

§ 9.

Provisionsabreden mit dienstvertragsähnlichem Charakter, die bei Abschluß des Mäklervertrages getroffen werden.

War es für den im Gesetze geregelten Fall gleichgültig, ob die Verpflichtung zur Provisionszahlung auf besonderer Abrede beruhte oder nur aus den Umständen, unter denen der Mäklervertrag zustande kam, zu entnehmen war, so werden uns im weiteren nur Fälle beschäftigen, in denen stets eine „Provisionsabrede" im ureigensten Sinne des Wortes vorliegt.

Häufig tritt folgende Abmachung zwischen dem Mäkler und seinem Auftraggeber ein: Der Auftraggeber verpflichtet sich, sowohl im Falle des Zustandekommens — und zwar beim Grundstücksverkehr des formgerechten Zustandekommens — des gewünschten Vertrages wie auch im Falle des Nichtzustandekommens dem Mäkler eine Provision zu zahlen; entweder in der Weise, daß die einmal festgesetzte Belohnung dem Mäkler in jedem Falle zukommen soll, oder in der Weise, daß ihm bei erfolgreicher Durchführung seiner Tätigkeit die Provision, im Falle des Mißerfolges eine andere — natürlich geringere — Summe versprochen wird. Zunächst ist die — den weitaus größten Teil aller solchen Abmachungen umfassende — Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß die Vereinbarung im genannten Sinne sogleich bei Abschluß des Mäklervertrages getroffen wird. Dann erscheint es fürs erste

zweifelhaft, ob ein solches Geschäft überhaupt einen Mäklervertrag und nicht vielmehr einen Dienstvertrag darstellt. Wie oben (§ 2) bereits ausgeführt worden ist, unterscheidet sich der Mäklervertrag vom Dienstvertrage dadurch, daß bei diesem die Dienstleistungen als solche honoriert werden, bei jenem dagegen nur der Erfolg. Verspricht aber der Auftraggeber eine Provision auch für den Fall, daß es zu einem Erfolge der Mäklertätigkeit nicht kommt, so kann nur die Arbeit des Mäklers selbst als Gegenstand der Bezahlung angesehen werden.

Trotzdem wird bei einer solchen Abrede regelmäßig noch kein Dienstvertrag vorliegen. Denn was eben erwähnt wurde, ist nicht der einzige Unterschied zwischen den in Betracht kommenden Vertragsarten. Vielmehr ist von größter Bedeutung noch die Tatsache, daß beim Dienstvertrage der Dienstpflichtige zur Leistung seiner Arbeit verpflichtet ist, während beim Mäklervertrage — mangels besonderer Abmachung — eine Tätigkeitspflicht für den Mäkler nicht gegeben ist. Ein Dienstvertrag im ausgesprochenen Sinne des Gesetzes würde nur vorliegen, wenn der Grundstücksmäkler seinem Auftraggeber bezw. Dienstherrn eine bestimmte Tätigkeit und dieser dem Mäkler für die Tätigkeit ohne Rücksicht auf den Erfolg eine Belohnung versprechen würde.

In der Regel wird, auch wenn eine Provision für die Tätigkeit unbedingt zugesagt wird, der Mäkler eine Verpflichtung zum Tätigwerden nicht übernehmen. Die Erfordernisse des Dienstvertrages sind alsdann nicht erfüllt: Haben wir darum — eine dritte gesetzlich geregelte Vertragsart kann nicht in Betracht kommen — einen Mäklervertrag im ureigensten Sinne des Rechts vor uns? Eine Definition gibt das Bürgerliche Gesetzbuch für den Mäklervertrag ebensowenig wie für irgendein anderes Rechtsgeschäft. Doch ist die Rechtswissenschaft sich heute einig, daß sie als Mäklervertrag ein Rechtsgeschäft bezeichnet, in dem ein Teil dem andern einen Lohn für den Fall verspricht, daß durch seine Vermittlung ein bestimmter Vertrag zustande kommt. Wird also die Provision versprochen einerseits bei erfolgreicher Arbeit für den Erfolg, andererseits bei erfolgloser Arbeit für die bloße Arbeit, so fällt der erste Teil des Versprechens vollständig unter den Begriff des Mäklervertrages, der zweite jedoch aus ihm heraus.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im Recht der Schuldverhältnisse die Zahl der zulässigen verpflichtenden Rechtsgeschäfte nicht erschöpfen wollen. Deshalb möchte ich für Vereinbarungen der besprochenen Art folgender Ansicht beitreten: Es liegt ein obligatorischer Vertrag vor, der mit wesentlichen Bestandteilen des Mäklervertrages Bestandteile des Dienstvertrages verbindet und deshalb mit direkter oder analoger Anwendung der Gesetzesvorschriften über beide Vertragsarten zu behandeln ist.[1])

Der Abschluß eines solchen Vertrages verstößt gegen kein gesetzliches Verbot, er ist demnach vollständig gültig. Da auf solche Weise der Mäkler stets gedeckt ist, sucht er nach Möglichkeit überall einen gemischten Vertrag im obigen Sinne zwischen sich und dem Auftraggeber herbeizuführen. Obgleich nun der Abschluß des Mäklervertrages selbst stets formfrei ist,[2]) auch wenn dem Mäkler die Vermittlung eines Grundstücksverkaufs übertragen wird, so kommt es doch vor, daß der Mäkler dazu ein schriftliches oder gedrucktes Formular benutzt, in dem ein Passus ihm die Provision auch im Falle fruchtloser Tätigkeit zuspricht. Und dann geschieht es bisweilen, daß der nicht sehr geschäftskundige Auftraggeber den Revers unterschreibt, ohne aus ihm herauszulesen, wozu er sich verpflichtet. In solchem Falle kommen event. die §§ 119, 121, 122 BGB. (Anfechtung wegen Irrtums bei Abgabe einer Willenserklärung) in Betracht. Hervorzuheben ist dabei, daß einerseits der Anfechtende den Irrtum zu beweisen hat, was ihm bei schriftlicher Abmachung oft nicht leicht sein wird, daß andererseits aber der Irrtum auf seiner Seite kein entschuldbarer zu sein braucht.[3]) Einen Ersatz des negativen Interesses wird hier der Anfechtungsgegner vom Anfechtenden regelmäßig nicht fordern können (§ 122 BGB.).

---

[1]) vgl. Staudinger zu § 652 BGB. I, 2b; Staub, Exk. vor § 93 Anm. 17; Zeiler unter 1; Entsch. d. OLG. Darmstadt v. 7. 2. 1902 im Recht 1902 Beil. 292.

[2]) Enneccerus Bd. 1 § 377 II.

[3]) Fischer-Henle Anm. 5 u. 7 zu § 119 BGB.

§ 10.

Abreden des gleichen Inhalts, wenn sie erst nach Abschluß des Mäklervertrages erfolgen.

Wir haben nunmehr unser Augenmerk noch auf die zweite Möglichkeit zu richten, nämlich auf die, daß die Abrede zwischen Mäkler und Auftraggeber über Zahlung einer Provision auch im Falle nicht formgerechten Zustandekommens des gewünschten Geschäftes erst nach Abschluß des ursprünglichen Mäklervertrages getroffen wird. Hat hier der Mäkler seine Tätigkeit noch nicht begonnen oder hat er sie zwar begonnen, aber einen wesentlichen Teil seiner Arbeit noch zu leisten, so liegt nichts anderes vor als eine nachträgliche Ergänzung des Mäklervertrages. Von dem Augenblicke an, in dem die Abrede wirksam ist, haben wir das oben geschilderte, aus Mäklervertrag und Dienstvertrag zusammengesetzte Rechtsverhältnis, ohne daß zu dem oben darüber Gesagten irgendwelche rechtlichen Besonderheiten hinzugekommen wären.[1])

Nun sei aber folgender Fall gesetzt: Dem Mäkler ist ursprünglich die Provision nur für den Fall formgerechten Zustandekommens des Vertrages versprochen worden. Er hat darauf Käufer und Verkäufer zusammengebracht, und die Parteien haben einen mündlichen Vertrag über die Veräußerung des in Frage stehenden Grundstücks geschlossen. Später wird weder die gerichtliche oder notarielle Beurkundung noch die dingliche Übereignung vollzogen, und nun verspricht der Auftraggeber, daß der Mäkler dennoch seine Provision haben solle. — Verdient war hier die Provision durch den Mäkler nicht. Irgendwelche Leistungen von seiner Seite werden — im Gegensatz zu dem vorher besprochenen Falle — künftig dem Versprechen des Auftraggebers nicht mehr gegenüberstehen. Das läßt unwillkürlich die Frage auftauchen, ob wir es hier nicht mit einer Schenkung seitens des Versprechenden zu tun haben.

Die Entscheidung dieser Frage ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch von höchster Wichtigkeit. Die Vereinbarung eines Mäklerlohns, ebenso die Vereinbarung einer Vergütung für zu

---

[1]) Zeiler unter 1.

leistende Dienste bedürfen keiner Form. Ein Schenkungsversprechen dagegen muß, um rechtlich wirksam zu sein, gerichtlich oder notariell beurkundet werden (§ 518 BGB.). Aus Verträgen erstgenannter Art kann der zum Empfang des Lohnes berechtigte Teil ohne weiteres klagen. Ein formloses Schenkungsversprechen ist im Gegensatz dazu nicht einklagbar.

Die Zahl der Stimmen, die im genannten Falle den Tatbestand einer Schenkung als gegeben ansehen, ist keine geringe.[2]) Sie fußen darauf, daß eine Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohnes nicht besteht, und daß deshalb ein nachträgliches Versprechen solchen Inhalts eine Freigebigkeit seitens des Versprechenden darstelle. Allein mit dem, womit sie ihre Auffassung begründen, sind die Tatbestandsmerkmale der Schenkung nicht erschöpft. § 516 BGB. Abs. 1 sagt: „Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt". Ein Schenkungsversprechen — um ein solches würde es sich für uns handeln — ist ein Versprechen, das schenkweise gegeben wird; Gegenstand der Schenkung ist also nicht die versprochene Leistung, sondern das Versprechen selbst (vgl. § 518 BGB.). Demzufolge muß bereits die Abgabe des Versprechens alle Merkmale einer Schenkung enthalten. Da es im Falle formgerechten Zustandekommens eine Forderung begründet, ist es eine Bereicherung für den berechtigten Teil, und aus dem Vermögen des Verpflichteten ist diese Bereicherung auch entsprungen. Nun bleibt aber noch die Frage offen, ob die Parteien sich darüber einig sein werden, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Hier ist die Bedeutung, die die Beteiligten dem Rechtsakt beilegen, von maßgebender Wichtigkeit.[3])

In der Regel wird die Auffassung, daß hier eine unentgeltliche Zuwendung vorliege, bei dem Versprechenden wie bei dem Versprechensempfänger keineswegs vorliegen. Der Auftraggeber denkt gar nicht daran, den Mäkler für nichts zu honorieren. Er

---

[2]) vgl. z. B. Entsch. d. OLG. Breslau v. 9. 3. 1905 (im Recht 1905 S. 312); ferner Achilles Anm. 2 zu § 652 u. a.

[3]) vgl. JurW. 1906 S. 462; Entsch. d. RG. v. 23. 5. 1906.

faßt die nachträgliche Provisionszusage als einen Entgelt für die Arbeit auf, die jener in seinem Interesse aufgewendet hat. Gerade die Überzeugung, daß der Mäkler seine Provision zwar nicht beanspruchen kann, aber doch verdient hat, ist für den Auftraggeber der erste Beweggrund zu seinem Handeln. Und noch weniger wird regelmäßig beim Mäkler der Gedanke vorwalten, ihm falle hier unverdientermaßen ein Geschenk zu. Er weiß, wieviel Mühe und wieviel Kosten auf seiner Seite der Gabe des Vertragsgegners gegenüberstehen, und würde, falls jener sich tatsächlich im Glauben befände, er mache ihm eine unentgeltliche Zuwendung, einer solchen Auffassung wohl aufs entschiedenste widersprechen. Eine Einigung der Ansichten beider über die Unentgeltlichkeit in bejahendem Sinne, wie die Begriffsbestimmung des § 516 sie verlangt, wird regelmäßig fehlen.

Sonach stellt das nachträgliche Versprechen einer Provision an den Grundstücksmäkler im Falle nicht formgerechten Zustandekommens des Grundstückskaufs kein Schenkungsversprechen dar. Ebensowenig liegt ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. oder ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 vor; gleichfalls aus dem Grunde, daß das Versprechen mit der Gegenleistung zusammenhängt und nicht von dieser losgelöst ist.

Diese Feststellung ist — entsprechend dem oben vom Schenkungsversprechen Gesagten — deswegen von Bedeutung, weil zur Gültigkeit eines abstrakten Schuldversprechens nach § 780 oder eines Schuldanerkenntnisses nach § 781 schriftliche Form erforderlich ist.[4])

Zu welcher Vertragsart ist alsdann die nachträgliche Provisionszusage zu zählen? Jedenfalls handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag. Dem Lohnversprechen seitens des Auftraggebers stehen die vom Mäkler geleisteten Dienste gegenüber. Das weist auf den Dienstvertrag hin. Im Dienstvertrage verpflichtet sich der eine Teil zur Leistung bestimmter Dienste, der andere zur Gewährung der vereinbarten Vergütung (§ 611 BGB.). In

---

[4]) Das Vorliegen eines Schenkungsversprechens wie eines abstrakten Schuldversprechens verneint u. a. entschieden Oertmann Vorbem. z. 8. Titel 3c. Im gleichen Sinne hat sich das OLG. Dresden (Rechtspr. Bd. 9 S. 8) in seinem Urteil v. 29. 12. 1903 bezüglich des abstrakten Schuldversprechens, das RG. (im Recht 1909 Beilage Nr. 1984) am 7. 5. 1909 bezüglich der Schenkung ausgesprochen.

unserm Falle kann jedoch von einer Verpflichtung des Mäklers nicht mehr gesprochen werden, da er seine Dienste schon geleistet hat.

Daß diese Abweichung vom Normalfalle des Dienstvertrages für die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses zwischen den Kontrahenten wenig zu sagen hat, liegt auf der Hand. Ob die Dienste schon geleistet sind oder nicht, es bleibt jedenfalls ein Vertrag bestehen, der auf der einen Seite Dienstleistungen, auf der anderen deren Bezahlung zum Gegenstande hat. Darum ist es zu verstehen, wenn Zeiler[5]) in seiner Abhandlung den Standpunkt verficht, so oder so läge ein Dienstvertrag vor; die nachträgliche Provisionsabrede sei darum auch ein regulärer Dienstvertrag. Wagt man nicht die gleiche Konsequenz wie Zeiler zu ziehen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß es sich um einen Vertrag über geleistete Dienste handelt, der dem Dienstvertrage im engeren Sinne wesensverwandt und darum nach dessen Rechtsnormen analog zu behandeln ist. Die Vorschriften über den Mäklervertrag kommen in keinem der Fälle in Betracht.[6])

Praktisch ergeben beide Theorien das gleiche.

Die Abrede verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot und ist einer Formvorschrift nicht unterworfen. Sie wird deshalb regelmäßig gültig sein, und es kann auf Grund ihrer vom Mäkler gegen den Auftraggeber Klage erhoben werden.

B. Vereinbarung, daß beim formlosen Grundstückskauf derjenige Teil eine Provision an den Mäkler zu zahlen hat, der die Vollziehung der gesetzlichen Form verweigern wird.

§ 11.

Das Wesen der Streitfrage und ihre Beurteilungen.

Die Zahl der Sonderabmachungen, durch die der Mäkler und sein Vertragsgegner ihre Interessen besonders wahren können, ist keine begrenzte. Eine erschöpfende Aufzählung und Besprechung

[5]) Zeiler unter 3.

[6]) vgl. dazu die RGE. v. 7. 5. 1909 (im Recht 1909 Beilage Nr. 1984) und ihre Begründung.

aller Eventualitäten wäre ein wenig Erfolg versprechendes Unterfangen und würde bei sehr großem Umfang wenig praktische Werte zutage fördern. Ich beschränke mich darauf, diejenigen Arten von Klauseln und Nebenverträgen zu besprechen, die einerseits im praktischen Leben am häufigsten sind und uns deswegen interessieren müssen, und die andererseits die Praxis der Gerichte beschäftigt und dabei Streitfragen haben entstehen lassen. Nur diese beiden Gruppen können dem Juristen lohnenden Stoff zur Arbeit bieten.

Was wir bisher behandelt haben, waren Fälle, in denen die Tatsache, daß der Grundstücksmäkler einen formbedürftigen Vertrag zwischen den Parteien nur formlos zustande gebracht hatte, nicht unbedingt ein wesentliches Erfordernis des Tatbestandes war. Sie wären vollständig gleichartig zu behandeln gewesen, wenn man die Möglichkeit in Betracht zog, daß das gewünschte Geschäft gar nicht zustande gekommen wäre. Trotzdem durfte natürlich in einer allgemeinen Ausführung über „die Provisionsabrede des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen" eine eingehende Berücksichtigung dieser höchst wichtigen Fälle nicht fehlen. Im folgenden werden wir es nun mit einem — erst in neuerer Zeit aufgetauchten — interessanten Vertragsmodus zu tun haben, der lediglich dazu bestimmt ist, die Gefahren eines formlosen Geschäftsabschlusses zu beseitigen.

Hat es der Grundstücksmäkler so weit gebracht, daß die Parteien mündlich sich über den Verkauf eines Grundstücks geeinigt haben, so hat er immer noch nicht den Anspruch auf die Mäklergebühr. Die — eventuell jedes besonderen Anlasses entbehrende — Weigerung einer Partei, dem Vertrage nachträglich die gesetzliche Form zu verleihen, kann ihn jederzeit noch um seinen gesamten Verdienst bringen. Darum sucht der Mäkler den Parteien die Möglichkeit, ungestraft ihre Mitwirkung zur Vollendung des Geschäfts vorzuenthalten, dadurch zu beschneiden, daß er sich von beiden Teilen eine Vergütung versprechen läßt, die derjenige zu bezahlen hat, durch dessen Verschulden das formgerechte Geschäft nicht vollzogen wird. Bisweilen wird die Höhe dieser Vergütung der ursprünglich bedungenen Provision gleichkommen, bisweilen nur den Gegenwert für die vom Mäkler auf-

gewendeten Mühen und Kosten bilden; je nachdem, ob der Mäkler sich gegen den Verlust der Provision, das lucrum cessans, oder den Verlust seiner Auslagen, das damnum emergens, sichern will.

Abermals ist es die rechtliche Natur einer solchen Abmachung, die auch hier verschiedenen Deutungen unterworfen ist. Als Material liegen uns eine literarische Bearbeitung der Frage[1]) und eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Stettin[2]) vor, die auf verschiedenen Auffassungen basieren. Zeiler sieht in der genannten Vereinbarung zwischen dem Mäkler einerseits und beiden Parteien andererseits nichts Einheitliches, sondern zwei selbständige Abschlüsse. Nach seiner Ansicht stellt der Vertrag sich auf seiten desjenigen Kontrahenten, der dem Mäkler ursprünglich den Auftrag gegeben hat, also in der Regel des zur eventuellen Zahlung der Provision Verpflichteten, rechtlich nur als eine nachträgliche Änderung bezw. Ergänzung des Mäklervertrages dar. Auf seiten des anderen Teiles liege ein Dienstvertrag bezw. ein dem Dienstvertrage analog zu behandelnder Vertrag vor, bei dem der Dienstpflichtige seine Dienste bereits vor Abschluß des Vertrages geleistet habe. Beides sind für Zeiler Rechtsgeschäfte, die unter das Schema der in den vorangegangenen Paragraphen der Arbeit besprochenen Arten von Provisionsabreden fallen. Eine Eigentümlichkeit des vom Mäkler mit dem Vertragsgegner seines Auftraggebers getroffenen Abkommens sei die, daß der Versprechende hier einen Lohn für Dienste zusage, die nicht ihm, sondern einem anderen geleistet seien; wobei für ihn freilich bestimmend sei, daß diese Dienste auch ihm zum Vorteile gereicht hätten, da ohne sie der Vertrag über den Grundstückskauf nicht zustande gekommen wäre.

Demgegenüber erblickt das Oberlandesgericht Stettin in einer derartigen Abmachung die Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Zeiler erkennt diese Auffassung vom Zweck und Wesen des Geschäfts nur in Ausnahmefällen als berechtigt an.

---

[1]) Zeiler, Mäklervertrag, Dienstvertrag und Schenkung Nr. 4.

[2]) Urteil des V. Zivilsenats v. 24. 3. 1908 in der Jur. Monatsschr. für Posen usw. 11. Jahrg. 1908 S. 71/72.

§ 12.

Behandlung der Frage bei Zustandekommen der Abrede zwischen den Vertragsparteien ohne aktive Beteiligung des Mäklers.

Ein Übereinkommen des fraglichen Inhalts kann in verschiedenen Formen entstehen. Vor allem brauchen die Personen, die es schließen, nicht immer dieselben zu sein. So sei zunächst der Fall herausgegriffen, daß Käufer und Verkäufer sich ohne aktive Beteiligung des Mäklers gegenseitig in der genannten Weise verpflichten. Hier tritt der Mäkler überhaupt nicht als Kontrahent auf, also können auch nicht zwei mit ihm geschlossene Verträge vorliegen. Die Ergänzung eines zwischen A und B geschlossenen Mäklervertrages durch eine Abmachung zwischen B und C, ebenso der Abschluß eines Dienstvertrages zwischen B und C über von A geleistete Dienste sind juristisch unmögliche Konstruktionen. Hier würde Zeilers Theorie unbedingt versagen.

Das Interesse des Mäklers wird, sobald die Parteien unter sich kontrahieren, wenn überhaupt, so doch nur in beschränktem Maße diese zu ihrem nachträglichen Vertragsschlusse bewogen haben. Unter solchen Umständen hat die Abmachung hauptsächlich den Zweck, daß die Furcht vor einer wirtschaftlichen Schädigung im Falle der Weigerung, den formellen Abschluß zu vollziehen, jeden Teil im Interesse des anderen nötigt, an dem mündlichen Vertrage festzuhalten. Die Verhängung einer Geldzahlung über den vertragsuntreuen Teil stellt sich regelrecht als Strafabrede dar, als ein Zwangsmittel zur Unterstützung des bisher zwischen den Kontrahenten Vereinbarten. Damit ist aber der Kern des Wesens der Vertragsstrafe (§§ 339 ff. BGB.) gekennzeichnet, wie uns die übereinstimmenden Ausführungen von Planck, Staudinger, Enneccerus, Crome u. a. zeigen.[1]) Daß die Strafe zugunsten eines Dritten versprochen wird, tut der rechtlichen Natur der getroffenen Vereinbarung keinen Abbruch.[2]) Im Zweifel ist nicht

---

[1]) Planck Bd. 2 Anm. 1 zu § 339; Staudinger Vorbem. I zu den §§ 339—345; Enneccerus § 261 I; Crome, System § 178 I, 2.

[2]) Staudinger Anm. 5 zu § 339.

anzunehmen, daß der Dritte selbständig berechtigt sein soll, die Leistung zu fordern.[3])

In § 14 der Arbeit wird auseinandergesetzt werden, weshalb eine Vertragsstrafe der besprochenen Art nicht mit rechtlicher Wirksamkeit vereinbart werden kann.

Eine Abrede der Parteien über die dem Mäkler zu zahlende Provision ist freilich keine „Provisionsabrede des Grundstücksmäklers" im engsten Sinne. Da jedoch die erwähnte Oberlandesgerichtsentscheidung keinen bedeutsamen Unterschied darin sieht, ob der Vertrag unter Mitwirkung des Mäklers oder ohne solche geschlossen wird, erschien eine Besprechung dieses Falles angebracht, schon um die Richtigkeit der genannten Ansicht prüfen zu können.

§ 13.

Behandlung der Frage bei Zustandekommen der Abrede zwischen dem Mäkler einerseits und den Parteien andererseits.

Der bei weitem häufigere und wichtigere Fall ist der, daß der Grundstücksmäkler selbst mit den Parteien kontrahiert. Diesen Fall hat auch Zeiler nur für seine Besprechung in Betracht gezogen, und die versuchte Anwendung seiner Theorie auf das obige Beispiel entsprach natürlich nicht seiner Auffassung. Zeiler steht auf dem Standpunkte, daß in der Regel die solchergestalt dem Mäkler geleisteten Versprechen nicht als Vereinbarung von Konventionalstrafen zu betrachten seien, da der Mäkler durch sie gar nicht erreichen wolle, daß die Parteien das formbedürftige Rechtsgeschäft abschlössen. Vielmehr äußere sich darin nur sein Bestreben, sich für alle Fälle eine Entlohnung für seine Tätigkeit zu sichern; und wenn die Summe, die den Gegenstand der nachträglichen Vereinbarung bilde, gar nicht oder nur wenig hinter der Höhe der ursprünglich bedungenen Provision zurückbleibe, werde es dem Mäkler regelmäßig gleichgültig sein, ob das Rechtsgeschäft zustande komme oder nicht. — Ich sehe mich genötigt, diesen Ausführungen Zeilers zum großen Teil zu widersprechen. Zunächst wünscht ganz allgemein jeder Mäkler das Zustandekommen des Geschäftes, das zu vermitteln er unternommen hat, da sein geschäftlicher Ruf sich vielfach auf die Zahl der durch ihn ver-

[3]) Dernburg Bd. 2 S. 347.

mittelten Geschäfte gründet. Allein davon abgesehen: Zeiler setzt sich entschieden zu leicht über die rechtliche Natur der Vertragsstrafe hinweg. Diese hat zwei Funktionen. In erster Linie soll sie dem Schuldner durch den drohenden Nachteil einen Antrieb zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verpflichtung geben. Daneben hat sie aber auch den Zweck, das Interesse des Vertragsgegners an der Erfüllung des Geschäftes zu decken und ihn vor Schaden zu schützen. Im allgem. Landrecht war diese Funktion sogar als das wesentlichste Merkmal der Konventionalstrafe hingestellt, und bestehen geblieben ist sie auch im heutigen Recht.[1]) Wenn Zeiler sagt, daß bei genügender Höhe der nachträglich vereinbarten Zahlung der Mäkler am formgerechten Zustandekommen des von ihm vermittelten Vertrages kein Interesse mehr habe, so heißt das nichts anderes, als daß mit dieser Verpflichtung der Parteien gegen ihn sein Interesse an der Erfüllung des ihm gegebenen Versprechens, den Kauf noch formgerecht zu vollziehen, gedeckt ist. Wohin Zeilers Ansicht führen müßte, ergibt sofort eine Anwendung auf sonstige Fälle, in denen eine Vertragsstrafe versprochen wird. Wo die vereinbarte Vertragsstrafe so hoch ist, daß sie das Interesse beider oder eines Kontrahenten an der Erfüllung des abgeschlossenen Geschäftes ausgleicht, kann es diesen gleichgültig sein, ob erfüllt wird oder nicht, und alsdann liegt nach Zeilers Auffassung eine Konventionalstrafe nicht vor; sonach könnte man als Vertragsstrafen nur solche Strafvereinbarungen ansehen, die verhältnismäßig zu niedrig gegriffen wären. — Sobald die Verpflichtung zur eventuellen Strafzahlung zustande gekommen ist, braucht es dem Berechtigten nichts mehr auszumachen, ob er aus dem Geschäftsabschlusse oder aus der Strafkonvention befriedigt wird. Aber ehe die Vereinbarung getroffen wurde, war dem Grundstücksmäkler das formgerechte Zustandekommen des Immobiliarveräußerungsvertrages durchaus nicht gleichgültig; im Gegenteil, seine Sorge um dies Zustandekommen hat ihn ja erst, wie Zeiler selbst erwähnt, veranlaßt, die Vereinbarung zustande zu bringen. Zeiler hat den Beweggrund zu der Strafabrede mit ihrem praktischen Ergebnis vermengt.

---

[1]) Mot. zu § 420; ALR. I, 5 § 292; Planck Anm. 1, 2 zu § 339; Crome § 178 I; Staudinger Vorbem. I zu §§ 339—345.

Für den Fall ferner, daß die mit den Parteien vereinbarte Summe, die der vertragsuntreue Teil zahlen soll, hinter der ursprünglich bedungenen Provision erheblich zurückbleibt, würde Zeilers Einwand von vornherein hinfällig sein; denn hier dürfte auch nach der Vereinbarung das Interesse des Grundstücksmäklers an der Vollziehung der Form ein recht lebhaftes bleiben.

Wir sehen also, daß das Vorbringen, der Mäkler habe mit seiner Abmachung nur den Zweck verfolgt, sich gegen Benachteiligungen zu decken, und hege keinerlei direktes Interesse mehr an der Erfüllung der versprochenen Formvollziehung, durchaus nicht gegen das Vorliegen einer Vertragsstrafe spricht. Hingegen dürfte etwas anderes, was Zeiler nicht erwähnt hat, gegebenenfalls zu berücksichtigen sein.

Bisher ist — mit Hinblick auf die regelmäßig akzessorische Natur der Vertragsstrafe — stets vorausgesetzt worden, die Parteien hätten dem Mäkler das Versprechen gegeben, daß sie ihrer formlosen Einigung über das von ihm vermittelte Geschäft noch die gesetzlich vorgeschriebene Form geben würden. Dies ist der Normalfall; die Erfüllung des Versprechens der Parteien ist alsdann die Hauptleistung, die durch die Vereinbarung der Strafe gedeckt werden soll. Nun ist aber auch der Fall denkbar, daß sie sich zunächst nur unter sich über den Abschluß des Geschäftes einigen, und daß dann auf Grund dieser Abmachung, doch ohne eine seitens der Parteien ihm gegenüber übernommene Verpflichtung, der Mäkler an sie mit dem Vorschlage herantritt, sich durch das Versprechen einer event. an ihn zu zahlenden Straffumme zu binden, und zwar so, daß sie nicht gegeneinander, sondern gegen ihn gebunden sein sollen; anderenfalls läge ja der Tatbestand zu § 12 der Arbeit vor.

Das Versprechen einer Leistung für den Fall, daß jemand etwas tut oder unterläßt, worauf kein unmittelbarer Anspruch besteht, wird von der heutigen Rechtsanschauung nicht als Vertragsstrafe im Sinne des Gesetzes angesehen.[1]) Auf eine derartige Strafvereinbarung finden nicht die Bestimmungen der §§ 339 ff. BGB. Anwendung, sondern die allgemeinen Vorschriften

[1]) Planck Anm. 3 zu § 339; Staudinger, Vorbem. II zu § 339—345.

über bedingte Leistungsversprechen. Freilich ersteres nicht ohne Ausnahme. §§ 343 Abs. 2 u. 344 BGB. berücksichtigen auch Strafversprechen dieser Art.[2]) Und gerade § 344 enthält diejenige Vorschrift, um deren willen die ganze Untersuchung, ob der Tatbestand einer Vertragsstrafe im einzelnen Falle vorliege oder nicht, von Bedeutung und notwendig war.

§ 14.

Regelmäßige Unwirksamkeit der Abrede wegen Verstoßes gegen § 344 BGB.

Besagter Paragraph lautet: „Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben". — In der Mehrzahl der Fälle, in denen eine Abmachung über eine vom vertragsuntreuen Teil an den Mäkler zu zahlende Vergütung zustande gekommen ist, sollte sie die Parteien zwingen, ihr dem Mäkler mündlich gegebenes Versprechen, den Kaufvertrag über das Grundstück förmlich zu vollziehen, innezuhalten. Das Gesetz hat nun aber in § 313 bezw. § 125 BGB. ein mündliches Versprechen solchen Inhalts (als Vorvertrag) für unwirksam erklärt. Also ist auch die auf Nichterfüllung dieses Versprechens gesetzte Strafabrede unwirksam.[1]) Der Ausdruck „Nichterfüllung des Versprechens" scheint zunächst die Fälle des selbständigen Strafversprechens, denen überhaupt keine Verbindlichkeit, also auch kein Versprechen einer Leistung zugrunde liegen darf, auszuschließen. Auch sagen die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch nichts darüber, daß der Paragraph mit auf sie Bezug haben solle. Tatsächlich ist es jedoch die Absicht des Gesetzgebers, derartige Abreden in den Paragraphen einzuordnen. Die Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs halten übereinstimmend eine solche erweiternde Auslegung der

---

[2]) vgl. Planck Anm. 1 zu § 339.

[1]) vgl. Entsch. d. RG. V. Zivilsenat v. 10. 1. 1903 in JurW. 1903 4. Beil.; Planck Anm. 1 zu § 344.

Vorschrift für erforderlich,[2]) und eine kurze Betrachtung über den Zweck des § 344 gibt ihnen recht. Würde der Rechtssatz auf selbständige Strafversprechen keine Anwendung finden, so wäre damit ein willkommener Ausweg geboten, seine Vorschrift zu umgehen. Man würde es einfach vermeiden, einer Verpflichtung Ausdruck zu geben, und sich nur für den Fall der Unterlassung der gewünschten Leistung die Strafe versprechen lassen. Die Behandlung einer solchen Abrede als eines bloßen bedingten Zahlungsversprechens würde ein Handeln in fraudem legis begünstigen, dem gerade der § 344 entgegentreten soll. Für die Anwendung dieses Paragraphen müssen die Abmachungen der Parteien nicht nach der Form, sondern nach dem Inhalt und Zweck gedeutet werden. Wenn die Vereinbarung einer Strafe sich zwar äußerlich als ganz selbständiges Rechtsgeschäft darstellt, in Wirklichkeit aber den Zweck verfolgt, eine Leistung zu erzwingen, deren Versprechen gesetzlich nichtig ist, so gilt die Vorschrift des § 344, und die Strafabrede ist nichtig. Unter diesem Gesichtspunkte haben wir also das vom Mäkler in Empfang genommene nachträgliche Versprechen einer Provisionszahlung durch den vertragsuntreuen Teil zu beurteilen. Es ist nichtig wie der formlose Vertrag zwischen den Parteien selbst.

Der Sinn der im § 344 ausgesprochenen Rechtsnorm würde — entsprechend der Deutung, die wir ihr geben müssen — besser zum Ausdruck kommen, wenn sie etwa folgendermaßen gefaßt wäre: „Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Leistung nicht bewirkt werde, gleichfalls unwirksam . . .“ Damit wäre die Anwendung auf selbständige Strafabreden offenkundig vorgeschrieben. In den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung erscheint der § 424, der dem heutigen § 344 entspricht, im wesentlichen in der genannten Fassung.[3]) Da aber jegliche Erklärung für diese redaktionelle Änderung gegenüber dem 1. Entw. fehlt und ebenso ohne diesbezügliche Erklärung im Ent-

---

[2]) vgl. z. B. Planck Anm. 1 zu § 344; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 344.

[3]) Prot. Bd. 1 S. 787.

wurf 2. Lesung dem Satze die heutige Form gegeben ist, muß man wohl annehmen, daß der Grund, welcher u. E. eine solche Gestaltung bedingen würde, für die Kommission nicht bestimmend war.

Zeiler, nach dessen Ansicht Mäkler und Parteien nicht die Absicht haben, mit ihrer Abrede eine Strafe zu vereinbaren oder auch nur eine Strafvereinbarung dahinter zu verbergen, kommt im Widerspruch mit unseren Ausführungen zu dem Ergebnis, daß die Abmachung über die zu zahlende Summe regelmäßig gültig sein wird.

Es muß dabei hervorgehoben werden, daß Zeiler nicht auf dem Standpunkte steht, seine Theorie sei notwendigerweise immer zutreffend. Vielmehr gibt er zu, daß auch die entgegengesetzte Auffassung, die das Vorliegen einer Vertragsstrafe annimmt, unter Umständen gerechtfertigt sein könne. Die entsprechende Einschränkung möchte auch ich für meine Behauptungen machen. Es handelt sich bei der Beurteilung unserer Frage zum großen Teil um eine richtige Auslegung des Willens und der Absichten der Parteien. Nun kann es schließlich auch vorkommen, daß beim Zustandekommen der nachträglichen Provisionsabrede die Vertragschließenden tatsächlich nicht den Zweck verfolgen, damit einen Druck auf das Zustandekommen der gesetzlichen Form auszuüben. Eine theoretische Besprechung über einen Gegenstand wie den vorliegenden kann und will zum Ergebnis nur eine Antwort auf die Frage haben, wie im Zweifel die Handlungsweise der Parteien zu deuten und rechtlich zu beurteilen sei. Fälle, in denen die Kontrahenten sich über die Bedeutung ihrer Abreden einig sind, werden einerseits die Praxis der Gerichte weniger beschäftigen, andererseits auch meist entsprechend der Auffassung der Parteien, soweit diese nicht gerade positiven Gesetzesvorschriften widerspricht, zu erledigen sein. Bezüglich der Frage aber, wie im Zweifel zu urteilen sei, muß der Ansicht des Oberlandesgerichts Stettin gegen Zeiler beigetreten werden. Auch kommen wir gleich ersterem zu dem Ergebnis, daß in der Regel eine Abrede der Parteien über die dem Mäkler zu zahlende Vergütung und eine Abrede des Mäklers mit den Parteien sich für Fälle der besprochenen Art in ihrer juristischen Natur und ihrer Gültigkeit kaum unterscheiden werden.

Während wir es in den früheren Abschnitten fast ausnahmslos mit Provisionsabreden des Mäklers zu tun hatten, die gültig waren, weil sie der dispositiven Vorschrift des § 652 BGB. teils entsprachen, teils sich mit ihr vereinigen ließen und im übrigen ein gesetzliches Verbot ihnen nicht entgegenstand, haben uns die letzten Ausführungen ein Beispiel gezeigt, in dem die Provisionsabrede einer zwingenden Rechtsnorm zuwiderlief und darum nichtig sein mußte. In den erstgenannten Fällen wie im letzten beruht unser Urteil neben gesetzlichen Grundlagen auf Billigkeitsempfinden und Rücksichten auf Treu und Glauben. Soll man einerseits bestrebt sein, dem Mäkler den Lohn für seine Mühewaltung zukommen zu lassen, wo die Moral des Rechts es zu erfordern scheint, so müssen andererseits auch seinem Treiben die Hände gebunden werden, wenn er durch Winkelzüge absolute Bestimmungen des Gesetzes zu umgehen sucht.

Auf die Notwendigkeit einer besonderen Berücksichtigung von Treu und Glauben für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse beim Mäklervertrage ist von vornherein hingewiesen worden. Es hat sich gezeigt, daß damit der Gesichtspunkt gekennzeichnet war, von dem aus die Auffassung des Gegenstandes von Anfang bis zu Ende sich als einheitlich darstellt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 19. März 1888 wurde ich, Erich Wieprecht, Sohn des Ratsingenieurs Otto Wieprecht und seiner Ehefrau Hedwig geb. Zeglien, in Berlin geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger.

Im Jahre 1889 kam ich mit meinen Eltern nach Breslau. Ostern 1894 trat ich in die Vorschule des Realgymnasiums zum Heiligen Geist ein, wurde nach Umwandlung dieser Anstalt in eine Reformschule Schüler der gymnasialen Abteilung und bestand als solcher Ostern 1906 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaften an der Kgl. Universität Breslau.

Am 28. April 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Zur Ausbildung bin ich dem Kgl. Amtsgericht in Mittelwalde überwiesen.